XXIV.
Beiträge zur Lehre von der Benennung des Auctors.

Von Mittermaier.

§. 1.

Nach der Natur der dinglichen Klagen, welche der Kläger gegen jeden anstellt, bei welchem er die von ihm verfolgte Sache antrifft, kann es sehr wohl geschehen, daß auch eine Person, welche eine Sache gar nicht in eigenem, sondern in eines Anderen Namen besitzt, mit einer Klage belästigt wird, weil der Besitz der Sache den Kläger verleitete, diese Person für den rechten Beklagten zu halten. In solchen Fällen muß es dem ohne Grund mit einem Processe Bedrohten möglich gemacht werden, auf die kürzeste Weise, ohne Einlassung in den Streit, von dem Processe sich loszumachen, ohne daß dadurch der Kläger, der rechtlich an den Besitzer sich halten darf, beinträchtigt wird, indem sich der Eine, den sein factisches Verhältniß des Besitzes als Beklagten darstellt, dem Streite entzieht, und der Andere dem Kläger noch unbekannt ist. Als ein solches Befreiungsmittel kennt das gemeine Recht die vom Beklagten vorzuschützende sogenannte Exception der Benennung des Auctors, deren Natur und rechtliche Wirkungen vorzüglich von Lauterbach [1]), in neuerer Zeit von Gönner [2]), und von einigen mit der Abhandlung der Lehre vom Eigenthum beschäftigten Schriftstellern, z. B. Glück [3]), Gesterding [4]), erörtert

1) Lauterbach de nominatione auctoris. in dissertat. academic. vol. IV. diss. 106. Richters (Jen. 1665.) und einiger Anderer sonst angeführte Dissertationen enthalten durchaus nichts bedeutendes.

2) Gönner Handbuch des Processes I. Bd. nr. XVI.

3) Glück's Pandecten-Commentar VIII. Thl. S. 196.

4) Gesterding Lehre vom Eigenthume. S. 315.

worden ist. — Vergleicht man aber das, was die Schule den Autoritäten der Bearbeiter dieser Lehre folgend lehrt, und was die Praxis übt, so zeigt sich bald, daß man theils das Institut auf eine den Gesetzen unbekannte und selbst störende Weise ausgedehnt, theils Behauptungen aufgestellt hat, deren gesetzlicher Grund entweder weggefallen ist, oder welche mit den Grundsätzen unseres heutigen Processes im Widerspruche stehen. Von den älteren Partikularrechtsbüchern haben besonders das sächsische [5]) und das baierische [6]) Recht eigenthümliche Bestimmungen; fruchtbarer an neuen Vorschriften sind neuere Proceßgesetzbüchern, vorzüglich das preußische [7]) u. österreichische [8]) Gesetzbuch, so wie die neue Gerichtsordnung für Bremen [9]), und die Proceßentwürfe von Globig [10]), Gönner [11]), Engelhard [12]), Schnell [13]). Beiträge, und eine Prüfung der verschiedenen in der Praxis angenommenen, und in die Gesetzgebungen übergegangenen, Behauptungen dürften nicht ohne Werth seyn, wenn sie auch nur die Folge haben, daß die Lehre wieder einer genauern Prüfung unterworfen wird.

§. 2.

Betrachtet man zuerst das Verhältniß des Klägers und Beklagten im Allgemeinen, so gehört es zur unbestrittenen Pflicht des Klägers, seine Klage gegen den wahren Beklagten anzustellen, und im Falle, wenn Streit darüber da ist, ob der gewählte Beklagte der rechte sey, die Gewißheit zu liefern, daß derjenige, gegen welchen die Klage gerichtet wurde, auch das-

---

5) Biener Syst. processus judic. saxonic. p. 301.

6) Cod. judic. Bavaric. cap. VIII. §. 3.

7) Preußische Gerichtsordnung tit. XVII. §. 34.

8) Oestreichische Gerichtsordnung Cap. IV. Im Zusammenhang damit steht auch die Vorschrift des neuen österreichischen Civilgesetzbuchs §. 375.

9) Gerichtsordnung der freien Hansestadt Bremen (1814.) Tit. XXI. §. 263.

10) System der Gesetzgebung für das gerichtliche Verfahren von H. E. v. G. (Leipzig 1809.) S. 349.

11) Gönner's Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren I. Buch cap. III. §. 5.

12) Engelhard Entwurf einer verbesserten Gesetzgebung für bürgerl. Rechtsstreitigk. (Rudolstadt 1817.) Satz 255 — 7.

13) Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in Civilrechtssachen. Bern 1819. Satz 24.

jenige Subject sey, welches die Gesetze zu der processualischen Antwort auf die erhobene Klage verpflichten, d. h. der Kläger hat die Pflicht, die Bedingungen der passiven Legitimation zur Sache des Beklagten in der Klage anzugeben [14]). Besonders wird dies dann nothwendig, wenn das vom Kläger verfolgte Recht ein besonderes Rechtsverhältniß des Beklagten zu einer Sache voraussetzt, ohne dessen Daseyn der Anspruch des Klägers wider den gewählten Beklagten nicht Statt findet [15]). Dies ist z. B. der Fall, wenn der Beklagte einwendet, daß die Sache, wegen welcher er belangt wird, nicht in seinem Civilbesitze sich befinde, daß er nur Pächter oder Comodatar u. dgl. sey. Betrachtet man darnach die sogenannte exceptio nominationis auctoris, so erscheint sie bald als eine große Anomalie, und steht im Widerspruche mit den allgemeinen Proceßgrundsätzen. Nach den Letzteren brauchte der Beklagte, welcher wegen einer Sache belangt wird, die nicht in seinem Civilbesitze steht, nichts weiter zu sagen, als daß ihn die Klage nichts angehe, daß er nicht der rechte Beklagte sey, und der Kläger hätte die Pflicht, die Bedingungen, unter welchen seine Klage gerechtfertigt wird, nachzuweisen, der Beklagte aber kann nicht verpflichtet seyn, den Kläger auch noch anzuweisen, wie er sich benehmen und gegen wen er klagen müsse. Selbst Gönner [16]) gesteht, daß der Beklagte hiezu keine Verbindlichkeit habe, da es eigentlich Sache des Klägers sey, den wahren Beklagten aufzusuchen. — Nach den mit der nominatio auctoris in Verbindung stehenden Vorschriften muß aber der Beklagte mehr thun; er muß den wahren Beklagten, d. h. denjenigen nennen, in dessen Namen er besitzt; dadurch erhält auch die Benennung des Auctors, wie sie in unseren Gesetzen vorkömmt, eine zweifache Natur, so wie sie auch aus zwei Abtheilungen besteht. Nämlich a) der Beklagte erklärt durch sie: ich bin nicht der rechte Beklagte, und nennt b) denjenigen, an welchen sich Kläger wenden soll. Siehet man nun 1) auf a) zurück, so ist jenes Vorbringen an sich nur eine sogenannte exceptio deficientis legitimationis ad causam; und so wie diese keine wahre exceptio ist, da dadurch blos eine zum Klagerechte des Klägers wesentlich gehörige Qualität geläugnet wird, eben so wenig ist es die exceptio nomin. auctor.; daher auch die Gesetzgebung keine eigenthümliche Vorschriften zu geben brauchte,

14) Gensler Handbuch zu Martin's Lehrbuch S. 121.

15) Gensler a. a. O. S. 126.

16) Gönner im Handbuche a. a. O. S. 351.

indem der Beklagte, wenn er in den Fall käme, durch das blose Läugnen der legitim. ad caus. sich schützen könne. In Betracht 2) des Verhältnisses unter b) legt man dem Beklagten einen positiven, an sich widerrechtlichen, Zwang auf, und ist daher weniger, als man es gewöhnlich darzustellen sucht, eine Wohlthat für den Beklagten, besonders wenn man die nominatio als eine wirkliche exceptio betrachtete.

§. 3.

Die im gemeinen Rechte geltenden Vorschriften über die nominatio auctoris haben bekanntlich ihren Entstehungsgrund im römischen Rechte, aus welchem sie in das canonische Recht übergegangen sind [17]). Als die Grundlage für die ganze Lehre wird zwar die Verordnung Constantins angesehen [18]), wobei gestritten wird, ob schon im älteren römischen Processe das Institut bekannt war. Wohl möchte der Streit [19]) darüber Wortstreit genannt werden, und es ist kein Zweifel, daß das frühere Recht ein ähnliches, wenigstens zu dem nämlichen Zwecke führendes, Verhältniß kannte. Wenn zwar unter den älteren römischen Juristen (Ulpian nennt Pegasus) die Meinung ihre Anhänger gehabt zu haben scheint, daß gegen den Detentor eine dingliche Klage nicht gerichtet werden könne [20]), so ist doch eben so gewiß, daß andere Juristen, vorzüglich Ulpian [21]), die richtige Meinung vertheidigten, nach welcher auch der Detentor schon nach seiner Lage und seinem factischen Verhältnisse zur Sache mit einer dinglichen Klage wegen der Sache belangt werden kann. Wenn zwar der Detentor, welcher mit einer solchen Klage belangt wurde, nur berechtigt war, zu sagen, „daß er die Sache nicht besitze [22])", so gab doch der römische Proceß mit seiner mündlichen Verhandlung und den üblichen interrogationibus in jure dem Kläger ein leichtes Mittel, den rechten Beklagten zu erfahren. Der Kläger war befugt, die Frage, welche zur Ausmittelung des Präjudicialpunktes nöthig war, um die Klage gegen den rechten Beklagten zu richten, an den Detentor, bei welchem er die Sache antraf, zu stellen, und so wie er den Beklagten fragen

17) C. 5. X. ut lite non contestata.

18) L. 2. Cod. ubi in rem actio.

19) S. Literatur bei Glück Comment. VIII. Thl. S. 196.

20) L. 9. D. de rei vind.

21) L. 9. fin. D. de R. V.

22) L. 80. D. de rei vind.

konnte [23]): „zu welchem Antheile er den fundus besitze", eben so gut war er auch befugt, die Frage zu stellen: „ob der Beklagte in eigenem Namen besitze, und in welchem Namen er den Besitz ausübe [24])". Die Antwort darauf verpflichtete den Beklagten, und machte es dem Kläger möglich, darnach seine Klage einzurichten. Nimmt man dazu die in Verbindung stehenden Grundsätze des römischen Rechts über denjenigen, qui liti se obtulit, so ist nicht zu bezweifeln, daß Constantin durch seine Verordnung kein neues Recht gegeben, sondern nur das schon bisher übliche, mit den interrogationes aber zusammenhängende, erst von einer bestimmten Frage des Klägers abhängige Verfahren bestimmter und dem neuen Verfahren anpassender vorgeschrieben hat, was wohl um so mehr nöthig war, als seit der Zeit, da der Gebrauch der interrogatianes außer Uebung kam, dem Kläger die Richtung der Klage gegen den wahren Beklagten erschwert, dem Beklagten Detentor aber eine ausbeugende allgemeine Antwort, daß er nicht in eigenem Namen besitze, um so leichter möglich wurde. Constantins Verordnung verpflichtete jetzt den Beklagten zu einer bestimmten Antwort, und statt der kurzen Einrede der mangelnden Passivlegitimation mußte, damit dem Kläger seine Proceßführung erleichtert und chicaneuses Läugnen des Beklagten abgeschnitten würde, auch der Name desjenigen, in dessen Namen der Detentor besaß, angegeben werden. Dabei ist nicht zu verkennen, daß diese vorgeschriebene Nomination mit dem römischen mündlichen Verfahren, mit ihrer Ansicht von Litiscontestation, und den angenommenen Folgen der freiwilligen Einlassung in den Streit, in Verbindung stand. — Es soll hier nicht untersucht werden, ob legislativ diese Forderung an den Beklagten gerechtfertigt werden könne; die Beiträge beschränken sich, mit besonderer Rücksicht auf die durch das heutige schriftliche Verfahren, die veränderte Ansicht von Litiscontestation und die teutschrechtlichen Vorschriften über Anordnung der Vertheidigungsmittel entstehenden Veränderungen, nur auf Erörterung mehrerer in Ansehung der Zulässigkeit und des Verfahrens bestrittener Fragen.

---

23) L. 20. D. de interrog. in jure.

24) L. 36. D. de rei vind.

*) Nicht unbemerkt aber kann es bleiben, daß die Nomination in Ansehung der Immobilien eine veränderte Gestalt erhalte, wenn in einem Lande Grund- und Hypothekenbücher eingeführt sind. Da bei jedem Gute der wahre Besitzer und Eigenthümer in dem Buche eingetragen ist, so ist es für den Kläger leicht, den wahren Beklagten zu erfahren, und es ist zu bezweifeln, ob die

§. 4.

Die gemeinrechtlichen Stellen sprechen unbezweifelt nur von demjenigen, welcher als Besitzer einer fremden Sache belangt wird, wobei die Rechtslehrer, weil sich kein Grund der Verschiedenheit einsehen lasse, kein Bedenken getragen haben, die Nomination eben so bei dem Besitzer beweglicher, wie unbeweglicher Sachen anzunehmen [25]), und einige neuere Gesetzbücher haben ausdrücklich ausgesprochen, daß kein Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen Statt finde [26]). Unnöthig scheint auch die Erörterung der Frage: „ob die Nomination auch dem Pfandgläubiger, Nießbräucher, Emphytenta u. dgl., zustehe“, was von älteren Juristen geläugnet worden ist [27]), da es vielmehr nur auf den Unterschied ankömmt, ob diese Personen in Ansehung ihres dinglichen Rechts, welches sie selbst besitzen, z. B. wegen Nießbrauchs, oder in Rücksicht des Eigenthums belangt werden. Daß ihnen im zweiten Falle die Nomination, dagegen nicht im ersten zustehe, ist unbezweifelt [28]). Am bestrittensten aber ist die Frage: „ob auch derjenige, welcher eine Handlung als Stellvertreter eines Anderen vorgenommen hat, und wegen dieser Handlung im eigenen Namen belangt wird, sich durch die Nennung des eigentlichen Beklagten von dem Rechtsstreite befreien könne“. Schon ältere Rechtslehrer warfen die Frage auf, beantworteten sie aber gewöhnlich verneinend, während Andere unterschieden [29]), ob der Beklagte auf Rath, Antreiben eines Anderen handelte, oder als Mandatar oder Untergebener eines Andern bei der Handlung erschien, in welchem letzten Falle sie die Nomination zuließen. Am kräftigsten hat in neuerer Zeit Gönner [30]) die

---

Nomination dann eine Begünstigung verdiene, ob nicht vielmehr es bei der Regel bleiben muß, nach welcher es dem Kläger, der hiezu ein leichtes Mittel hat, obliegt, sich den Beklagten zu suchen. Auch entscheidet hier die Rücksicht für den Gesetzgeber, daß nur derjenige als Besitzer betrachtet werden könne, der als solcher im Grundbuche eingetragen ist.

25) Faber rational. ad L. 9. D. de rei vind. not. 1. Meyer Colleg. argentorat. tit. de judic. §. 154. nr. 5. Lauterbach diss. cit. §. 14. Glück Comment. S. 199.

26) z. B. preuß. GerichtsO. Tit. XVII. §. 34.

27) S. Backov ad Treutler vol. I. disp. 15. thes. 4.

28) Lauterbach diss. cit. §. 8.

29) Biener proc. Saxon. p. 302.

30) Gönner Handbuch S. 342.

Ausdehnung auf persönliche Klagen gegen den fremden Stellvertreter vertheidigt, und in dieser Ausdehnung ist die Lehre selbst in neuere Gesetzbücher und Gesetzentwürfe, z. B. die Bremische Gerichtsordnung [31]) und in die Gesetzentwürfe von Gönner [32]) Engelhard [33]) und Schnell [34]), übergegangen. Gönner findet, daß der Grund, aus welchem die Römer die Nomination bei dinglichen Klagen einführten, eben sowohl auch auf denjenigen passe, der bei einer Handlung nur in fremdem Namen erscheine; er findet Identität des Rechtsgrundes, des Zweckes und der Mittel, und führt mehrere Beispiele an, in welchen die Nomination mit Glück gebraucht wurde, z. B. wo Jemand, der als Vormund mit einem Anderen einen Vertrag schloß, und nach geendigter Vormundschaft aus dem Vertrage belangt wurde, oder wo Jemand für eine Administration, welche sein Vater führte, Gelder einnahm, und deswegen belangt wurde. In den Gesetzentwürfen wird gewöhnlich nur ausgesprochen, daß der Beklagte sich durch Nomination losmachen könne, während in der Bremischen Gerichtsordnung der Beklagte hiezu als schuldig erklärt wird. Betrachtet man nun die Nomination, so muß man sich zuerst darüber verständigen, was man eigentlich durch Behauptung der Ausdehnung der Nomination auf persönliche Handlungen aussprechen will. Die Nomination angewendet auf denjenigen, der irriger Weise mit einer persönlichen Klage aus Handlungen belangt wurde, die er für einen Dritten vornahm, enthält einen zweifachen Ausspruch: 1) die Erklärung des Beklagten, daß er nicht der rechte Beklagte sey, daß er nicht in eigenem Namen bei dem Geschäfte gehandelt habe; 2) die Angabe des Namens desjenigen, in dessen Namen er handelte. Der erste Theil der Erklärung unterliegt keiner Schwierigkeit, und enthält ein bloßes Läugnen eines Theils des Klagegrundes, nur der zweite wird wichtig, weil dadurch dem Beklagten etwas aufgelegt wird, wozu er sonst nicht verpflichtet ist. In Ansehung dieser zweiten Erklärung lassen sich aber wieder zwei Fragen trennen: 1) kann der Beklagte wegen persönlichen Klagen sich der Nomination bedienen? 2) Muß er es auf die nämliche Weise, wie die Gesetze ihn bei dinglichen Klagen verpflichteten? In Ansehung der ersten Frage steht die Zuläßigkeit der Nomi-

---

31) Brem. GerichtsO. §. 263.

32) Gönner's Entwurf l. c. Buch I. cap. III. §. 5. nr. 4.

33) Engelhard l. c. Satz 255.

34) Entwurf l. c. Satz 27.

nation mit unseren reichsgesetzlichen Proceßvorschriften im Widerspruche, nach welchen in jedem Falle der Beklagte (wenige Ausnahmen der Gerichtsstandablehnenden und ähnlicher Einreden abgerechnet) gehörig in den Streit sich einlassen soll. Ist aber die Nomination gegründet, so ist die gesetzliche Vorschrift umgangen, und die Frage wird nicht unwichtig, aus welchem Grunde der Richter eine solche Befreiung von der Litiscontestation im gemeinen Processe rechtfertigen könne. Für den Fall dinglicher Klagen hat er das römische und canonische seit Einführung des römischen Rechts in Teutschland anerkannte Gesetz; für die Anwendung auf persönliche Klagen hat er kein ausdrückliches Gesetz, und billig zweifelt man, ob ein Richter eine Ausnahme von einem allgemeinen Gesetze machen könne. — In Bezug auf die zweite Frage aber widerspricht die Nomination einem weisen Proceßgrundsatze, daß keine Partei schuldig sey, dem Gegner seine Proceßführung zu erleichtern [35]), daß vorzüglich der Beklagte nicht verpflichtet werden könne, dem Kläger seinen rechten Beklagten zu benennen, da es Sache des Klägers ist, die Klage gegen den wahren Beklagten zu richten, daß der Beklagte vielmehr im Falle, wenn der Klage die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen, nur das Daseyn derselben zu läugnen brauche. Von allen diesen anerkannten Sätzen enthält die Nomination eine Abweichung, und dadurch eine Last für den Beklagten. — Fragt man aber, ob wirklich so viele Gründe da sind, die Nomination bei persönlichen Klagen anzuwenden, so dürfte das Resultat nicht für die Ausdehnung sprechen. Wir wollen

1) nicht darauf Werth legen, daß in Bezug auf gemeines Recht schon die Bezeichnung nominatio aut laudatio auctoris oder domini lehrt, daß der Ausdruck, und damit wohl auch die Sache, nicht auf persönliche Klagen passe; denn es sind

2) auch die **Gründe**, welche den Gesetzgeber zur Einführung der Nomination bei dinglichen Klagen bewogen, bei persönlichen **nicht vorhanden**. Nach der Natur der Realklagen wendet der Kläger, wenn er eine Sache verlangt, sich vermöge gesetzlicher Befugniß an den Besitzer der Sache; sobald er daher nur beweiset, daß die Sache im factischen Besitzverhältnisse des Beklagten sey, so hat er schon einen hinreichenden Grund zur Anstellung seiner Klage gegen diesen Besitzer für sich. Hier hatte daher auch das Gesetz Grund, sich von Seite des beklagten Besitzers, der auf fremden Besitz sich bezog, mit einer

35) Martin Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 37.

trockenen Erklärung, daß er nicht der wahre Besitzer sey, nicht zu begnügen, sondern ihn zu mehr zu verpflichten, so wie auch der Kläger schon von seiner Seite dadurch, daß der Beklagte die Sache besaß, die passive Legitimation des Beklagten hergestellt hatte. Bei persönlichen Klagen tritt aber kein ähnliches Verhältniß ein. Klagt hier der Kläger aus der Obligation, so tritt wieder ganz der gewöhnliche Grundsatz ein, daß es dem Kläger zustehe, den wahren Beklagten zu wählen; einen ähnlichen Grund, wie der Kläger mit der dinglichen Klage den Besitz des Beklagten anführen kann, hat der Kläger bei der Personalklage nicht für sich.

3) Bei der dinglichen Klage hatte aber das Gesetz noch neuen Grund den Beklagten zu mehr, als er sonst thun mußte, zu verpflichten. Müßte hier der Kläger mit der bloßen Erklärung, daß Beklagter nur im fremden Namen besitze, zufrieden seyn, so würde es ihm in den meisten Fällen [36]) unmöglich werden, denjenigen, in dessen Namen Beklagter besitzt, zu erfahren, und so den rechten Beklagten zu treffen; er von seiner Seite hat genug zur Begründung seiner Klage gethan, indem er sich an denjenigen wendete, welcher als der wahre Besitzer factisch erscheint, und so lange als solcher für den Kläger gilt, bis er das rechtliche Verhältniß angiebt, durch dessen Anführung die durch das factische Verhältniß begründete Behauptung des Klägers, daß der Beklagte besitze, widerlegt wird. Auf sehr natürlichem Wege gleichsam von selbst wird Beklagter, der nicht zugeben will, daß er in eigenem Namen besitze, dazu geführt, denjenigen anzugeben, in dessen Namen er besitzt. Bei demjenigen aber, der mit persönlicher Klage auftritt, ist dies nicht der Fall; der Kläger muß sich hier auf den nächsten und entfernten Klagegrund, und so auf das ganze Obligationsverhältniß stützen. Dies verpflichtende Verhältniß konnte nur auf zweifache mögliche Weise vorkommen. a) Entweder gab derjenige, der aus dem Rechtsgeschäfte jetzt belangt wird, damals seine Qualität als Stellvertreter des Anderen, als Vormund, Mandatar, Administrator an, und gieng das Geschäft nur im Namen des Anderen ein. In diesem Falle bedarf es keiner Nomination; der Kläger, wenn er doch gegen den Stellvertreter, statt gegen eigentliche Contrahenten klagte, verdient keine Begünstigung, da das ihm bekannte Rechtsgeschäft ihn belehren konnte, gegen wenn er zu klagen habe; der Stellvertreter aber, wenn er doch irriger Weise belangt wird, braucht

36) Vorausgesetzt, daß keine Grund- oder Hypothekenbücher existiren.

nichts anders zu thun, als zu läugnen, daß er in eigenem Namen das damals abgeschlossene Rechtsgeschäft, woraus jetzt geklagt wird, eingegangen habe; das Rechtsverhältniß selbst nennt hier denjenigen, gegen welchen die Klage zu richten ist; oder b) der Beklagte, welcher jetzt behaupten will, daß er nur als Stellvertreter des Anderen handelte, hat in dem abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, woraus geklagt wird, seiner Qualität als Mandatar keine Erwähnung gethan, sondern in eigenem Namen contrahirt. Hier kann ihm die Nomination des Dritten nichts nützen; der Kläger wird sich nicht an einen Dritten anweisen lassen, mit welchem er nicht contrahirte, sondern hält sich an seinen im Vertrage genannten Contrahenten, welcher dem Dritten, in dessen Namen er gehandelt haben will, entweder zum Streite herbeirufen, oder nach geendigtem Processe seine Regreßansprüche gegen denjenigen, für welchen er handelte, geltend machen kann. In keiner Rücksicht läßt sich eine Nomination rechtfertigen.

4) Auch in anderer Beziehung kann der Fall der Nomination bei persönlichen Klagen nicht vorkommen. Bei dinglichen Klagen wird ein wahrer Präjudicialpunkt, eine eigentliche Art der Legitimation zur Sache begründet, wenn der Kläger gegen einen Beklagten ein Recht in Anspruch nimmt, welches ein besonderes Rechtsverhältniß des Beklagten zu einer Sache voraussetzt, ohne dessen Daseyn der Anspruch des Klägers wider den gewählten Beklagten nicht Statt finden kann. Läugnet nun der Beklagte, welcher wegen einer Sache, die er besitzt, belangt wird, den Civilbesitz der Sache, so verlangt dieser Punkt als präjudiciell eine Erledigung vor der Hauptverhandlung, und die Gesetze haben daher im Falle einer Nomination Gründe, vor allem den Grund des Besitzes herstellen zu lassen. Bei persönlichen Klagen aber aus Obligationen kömmt ein solcher Legitimationspunkt nicht vor. Der Inhalt und die Art der Abschliessung des Geschäfts giebt hinreichend über die Verpflichtung des Beklagten Aufklärung, und die Frage: „ob der gewählte Beklagte der wahre sey“, hängt unmittelbar mit der Hauptsache zusammen. Der Beweis des Klägers, daß der Beklagte aus dem Rechtsgeschäfte verpflichtet sey, gehört zu dem Hauptbeweise und begründet keinen Vorbeweis. Ist der Beklagte als Contrahent eingeführt, so geht auch die Klage gegen ihn; wobei der sub nr. 3. a. b. angegebene Unterschied anzuwenden ist. Wollte man zwar den Fall einwenden, wo der Beklagte bei Schließung des Geschäfts nicht seine Qualität als Stellvertreter angab, in der Wahrheit aber für einen Anderen handelte, und nun, wenn es zur Klage kömmt, beweisen will, daß er in fremdem Namen handelte, so ändert dieser Fall nichts,

da der Kläger, auch wenn Beklagter beweiset, doch nicht schuldig ist, sich sogleich von seiner Klage gegen den Contrahenten abtreiben zu lassen, in keinem Falle aber dadurch die Hauptverhandlung aufgeschoben werden kann *).

5) Betrachtet man alle Fälle, in welchen Nomination wegen Handlungen zulässig seyn soll, so zeigt sich immer ihre Unzulässigkeit, entweder a) daß sie ganz überflüssig und für den Beklagten unnütze, gesetzwidrig aufgedrungene Last ist, da ihn das bloße Läugnen, wozu er allein verbunden ist, hinreichend schützt, oder b) daß sie doch nie den Beklagten vom Streite völlig befreien, einen Dritten an seine Stelle substituiren, und das Hauptverfahren aufhalten kann. Nach diesen Betrachtungen konnten alle Personen, die Gönner zum Beweise der Ausdehnung der Nomination auf persönliche Klagen anführt, ohne Nomination von dem Streite sich befreien;

6) Prüft man auch die Wirkungen, welche die Nomination bei persönlichen Klagen haben soll, und zwar a) wenn der Beklagte mit Grund sich darauf berufen konnte, daß er nicht in eigenem Namen handelte, und b) wenn er voraussetzt, daß die Nomination geboten war, dieselbe unterließ, und sich in den Streit einließ, und vergleicht man die Folgen mit den bei der nominatio in Realklagen eintretenden Wirkungen, so überzeugt man sich noch mehr von der Grundlosigkeit der Ausdehnung. Bei jeder Realklage ist der Gegenstand der Klage die Sache, und der Kläger hat schon viel gewonnen, wenn er nur das Executionsobject kennt, und wenn er die Möglichkeit der Befriedigung vor sich sieht. Behauptet nun der Beklagte, daß er für einen Anderen besitze, und läugnet der Nominat die Behauptung des Nominanten, so steht der Befriedigung des Klägers, wenn er nur irgend sein Recht beweisen kann, nichts im Wege; der Nominant gestebt selbst, daß ihm die Sache nicht gehöre, und der Nominat macht keine Ansprüche, dem Kläger ist also bald geholfen. Bei persönlichen Klagen ist der Gegenstand eine Leistung. Behauptet hier der Beklagte, daß ihn die Klage nichts angehe, sondern den A. betreffe, und behauptet A. ebenso, daß ihn die Klage nicht belange, so hat der Kläger noch nichts gewonnen, er bekömmt von keinem seine Leistung, und das Verhältniß ist daher nie dem bei dinglichen Klagen gleich. Betrachtet man auch die Aussprüche der Gesetzesentwürfe in Ansehung der Folgen der Nomination bei persönlichen Klagen, so erkennt man noch mehr, wie sich die Gesetzgeber drehen müssen, um etwas auch nur halb Passendes

---

*) Vergl. a. dies. Archiv. B. 1. Abh. 26. S. 393. f.

vorzuschreiben. Die Bremische Gerichtsordnung spricht, ungeachtet sie zuvor ausgedehnt hat, bei den Folgen immer nur vom Besitzer [37]). Nach Gönners Entwurf [38]) soll bei einer angeblich in fremden Namen unternommenen Handlung, wenn entweder der Kläger die Nomination bestreitet, oder der Nominat läugnet, daß er aus der Handlung des Nominanten belangt werden könne, die Nomination als ein Präjudicialpunkt behandelt, und der Nominat adcitirt werden. Es bedarf keiner Ausführung, wie wenig dies Verfahren (daß eine Adcitation sich nie rechtfertigen lasse, wurde schon früher bewiesen [39])) mit dem bei der wahren Nomination wegen dinglicher Klagen verglichen, und wie wenig es selbst processualisch gerechtfertigt werden kann.

§. 5.

Bleibt man nun bei der eigentlichen Nomination stehen, so war die Frage vielfach bestritten: wann die Nomination im Processe vorgebracht werden müsse? Constantins Verordnung fordert sie statim in judicio, und ältere Rechtslehrer [40]) haben zu beweisen versucht, daß damit erst das Verfahren nach der Litiscontestation gemeint sey. Allein erwägt man die römische Ansicht von der Litiscontestation, durch welche eine den vertragsmäßigen Verbindlichkeiten ähnliche Verpflichtung begründet wurde, betrachtet man die Folgen der unterlassenen Nomination, wenn sich der Beklagte in den Streit freiwillig einließ, so kann man nicht zweifeln, daß bei den Römern die Nomination vor der Litiscontestation geschehen mußte. Nach römischem Rechte bekam auch die Frage: wann er es müsse? bedeutenden Werth, weil, im Falle die Litiscontestation ohne Nomination, wenn sie begründet gewesen wäre, den Beklagten, der liti se obtulit, der Nachtheil traf, daß er als der wahre Beklagte juristisch betrachtet wurde [41]). Nach römischem Rechte gab es einen präclusiven Termin zur Nomination, dessen Versäumung Nachtheile nach sich zog, von welchen man sich durch späteres

---

37) Brem. GerichtsO. §. 264. Läugnet der Nominat seine Eigenschaft des wahren Interessenten, so muß, dafern Besitz im fremden Namen der Grund der Nomination war, dem Kläger der Besitz einstweilen zugesprochen, dem Eigenthümer aber die Ausführung des Rechtsstandes vorbehalten werden.

38) Buch I. cap. III. §. 5. nr. 4.

39) S. meinen Aufsatz in diesem Archive III. Bd. 1. H. nr. II.

40) S. bei Lauterbach diss. cit. §. 18.

41) L. 27. D. de rei vind. L. 13. §. 13. D. de hered. petit.

Vorbringen nicht befreien konnte. — Beziehen wir aber die Frage auf unsern heutigen Proceß, so ist das Resultat verschieden. Zwar ist es auch hier eine gewöhnliche Behauptung der Rechtslehrer, daß Nomination vor der Litiscontestation vorzubringen sey, selbst Gesetzbücher und Entwürfe stellen dies auf; das preußische Recht fordert, die Vorbringung sogleich nach insinuirter Klage, oder spätestens im Termine zur Beantwortung. Die Bremische Gerichtsordnung verlangt Nomination vor der Litiscontestation, Gönner und Schnell fordern sie in dem zur Einlassung auf die Klage angesetzten Termin. Die Praxis behandelte sie häufig als eine exceptio, verführt durch den Namen, und wendete daher die reichsgesetzlichen Vorschriften über Vorbringung der Exceptionen auch darauf an. — Richtiger aber muß man behaupten, daß für die Nomination ein solcher Termin mit präclusiver Wirkung, wie nach römischem Rechte, im heutigen Processe gar nicht existire. Allerdings ist zwar der schicklichste und von dem klugen Beklagten auch zu wählende Termin für die Nomination der zur Einlassung auf die Klage angesetzte, weil ihm selbst daran liegen muß, auf das schnellste vom Streite loszukommen, aber dieser Termin ist kein peremtorischer, sondern der Beklagte kann zu jeder Zeit im Processe, bis derselbe rechtskräftig geendigt ist, seinen Auctor nennen, und wird ohne Rücksicht auf Litiscontestation frei von dem weiteren Streite [42]). Es hängt dies mit dem Nachtheile zusammen, welcher denjenigen trifft, der in den Streit sich einließ, während er nicht in eigenem Namen besaß. Nach römischem Recht mußte der Beklagte zur Strafe den vollen Werth der Sache dem Kläger ersetzen [43]). Es ist dies offenbar eine Folge der älteren römischen Ansicht von Litiscontestation, aus welcher die Römer, ähnlich einem Vertrage [44]), verbindliche

42) Gesterding Lehre vom Eigenthum S. 320.

43) L. 7. L. 68. D. de rei vind.

44) Winkler de discrimine litiscont. sect. II. §. 2. Es ist zwar dem Verf. wohl bekannt, daß nach Westenberg's und Weber's richtiger Ansicht die Litiscontestation nicht zu den Quasicontracten zu zählen ist; aber dies wird auch nicht behauptet; daß aber ursprünglich die Idee der Stipulation auf die Litiscontestation wirkte, daß diese Grundansicht später, als der Litis ganz aufgehört hatte, ihre Wirkungen äußerte, läßt sich nicht läugnen. Wenn auch die Römer nicht technisch die Litiscont. zu den Quasicontracten rechneten, so hatte doch die Ansicht der Stipulation viele Wirkungen der Litiscontest. erzeugt, die später noch fortdauerten und die Ansicht gründeten, daß durch Litiscontestation ein neues Rechtsverhältniß entstehe. S. a. Hufeland Pandektencomment. II. Thl. §. 1687. Note

Wirkungen für den Beklagten ableiteten, und es so annehmen, als wenn er durch freie Verabredung in den Streit sich eingelassen und als Beklagter gelten zu wollen erklärt hätte. Im Zusammenhange damit standen die Bestimmungen, durch welche aus der Litiscontestation eine Art von Novation und Delegation in Bezug auf den Beklagten hervorgieng, weil derselbe sich gleichsam als Schuldner an der Stelle des Andern darstellte [45]). Es war daher ganz consequent, wenn die Römer auch den fictus possessor, der sich freiwillig, d. h. ohne Nennung des wahren Beklagten, in den Streit einließ, zur Zahlung des Werths verurtheilten, wozu auch die von Gensler [46]) schon bemerkte Ansicht mitwirkte, nach welcher der Beklagte bei dinglichen Klagen gewisse, auch mit dem sacramento zusammenhängende, Cautionen leistete.

Wie wenig aber diese römischen Ansichten auf den heutigen gemeinen Proceß passen, ergiebt sich klar, wenn man die reichsgesetzliche Litiscontestation erwägt. Hier ist nicht mehr von einer von den beiden Parteien gleichsam vertragsmäßig gemachten Erklärung einer Streitsbegründung und Unterwerfung unter den richterlichen Ausspruch die Rede, die heutige Litiscontestation begründet keine Novation oder vertragsmäßig übernommene Verpflichtungen, sie ist ein rein processualische, keine neuen Rechte begründende Handlung, als die specielle Antwort des Beklagten auf alle vom Kläger in der Klage vorgebrachten Thatsachen. Auf diese heutige Litiscontestation lassen sich alle Wirkungen der römischen nicht anwenden, und namentlich auch diese nicht mehr, daß der sich einlassende Beklagte, wenn er auch der wahre Beklagte nicht war, als der Schuldige gelte, und dem Kläger, wenn derselbe sein Recht beweiset, den vollen Werth ersetze. Mit Recht haben daher auch achtungswürdige Rechtsgelehrte [47]) angenommen, daß nach jetzigen Grundsätzen der Kläger gegen den fingirten Besitzer nur die Forderung auf Entschädigung wegen des vergeblichen Processes habe. Daher ist es wohl sehr ungegründet, wenn man noch im gemeinen Rechte lehrt, daß die Nomination vor der Litiscontestation geschehen müsse, sobald man die Behauptung darauf bezieht, daß dem Beklagten, der ohne Nomination sich einließ, die römischen Nachtheile treffen, weil diese wegen des weggefallenen Grundes nicht

---

45) L. 11. D. de novatione.

46) Gensler Handbuch I. S. 177.

47) z. B. Thibaut System des Pandektenrechts. III. Thl. §. 1058.

angewendet werden können. Dagegen wird der Beklagte, welcher sich so muthwillig in den Streit einließ, dem Kläger wegen der Täuschung und der verursachten Kosten des fruchtlosen Processes nach allgemeinen vom Schadensersatze geltenden Grundsätzen, Entschädigung schuldig seyn; während sich nicht rechtfertigen läßt, die Nomination an eine Frist, bei Strafe der Ausschliessung zu binden, da vielmehr die Ausmittlung des eigentlich zu verklagenden immer im Vortheile beider Parteien liegt [48]. Es versteht sich dabei auch, daß selbst die Pflicht des Beklagten, der ohne Nomination in den Streit sich einließ, zur Kosten- und Schadenstragung dann wegfällt, wenn der Kläger selbst wußte, daß der Beklagte nicht der wahre Beklagte war [49], weil der gegenseitige Dolus sich compensirt, wobei es sich auch versteht, daß der Beklagte, wenn er behauptet, daß Kläger von der Wahrheit unterrichtet war, auch dies beweisen muß. — Eine wichtige Bestätigung für die bisher angeführte Meinung, daß Nomination nicht an eine bestimmte Frist gebunden sey, und ihre Unterlassung die römischen Nachtheile nach sich ziehe, ist auch, daß ältere Partikulargesetzbücher, welche sonst ganz auf das gemeine Recht gebaut sind, z. B. das baierische [50]) und das sächsische [51]), die bisherige Ansicht gesetzlich aussprechen. Auch die Gesetzentwürfe von Gönner [52]) und Engelhard [53]) nehmen sie auf.

§. 6.

Nicht selten wirft man auch die Frage auf: „ob mit der Nomination auch die Litiscontestation verbunden werden müsse". Die Praxis behandelt den Punkt verschieden, jenachdem sie die sogenannte exceptio nominationis als eine gewöhnliche Einrede, oder als proceßhindernde Einrede ansieht. Als die letztere betrachten sie besonders sächs. Juristen [54], keine Litiscontestation verlangend. Am richtigsten erkennt man darin, wie überhaupt in

---

48) Engelhard Entwurf einer verbesserten Gesetzgebung. S. 181.

49) S. Gensler Handbuch S. 178. und die dort Note 135. angeführten Gesetze. bes. L. 45. D. de hered. petit. Gesterding vom Eigenthum S. 319.

50) Cod. judic. Bavar. cap. VIII. §. 3. nr. 2.

51) Biener proc. Saxonic. pag. 302.

52) Gönner's Entwurf Buch I. cap. III. §. 5. nr. 1.

53) Engelhard l. c. Satz 256.

54) S. bei Biener proc. Saxon. l. c. p. 302.

der sogenannten exceptio deficientis legitimationis gar keine Einrede, sondern ein Läugnen eines Theils des Klagegrundes liegt, und eigentlich in Bezug auf den Nominanten der ganzen Klage. Insofern liegt in ihr selbst im processualischen Sinne eine Art von Litiscontestation. Daß der Beklagte dabei den Namen des wahren Beklagten angiebt, ändert ihre Natur nicht, und erscheint nur als Folge der vollständigen Erzählung, welche der Beklagte angiebt, um darzuthun, in welchem Verhältnisse sein Besitz zur Sache stehe, wobei gleichsam von selbst der Namen desjenigen, für welchen er besitzt, wegen der nothwendigen Vollständigkeit der Erzählung genannt werden muß. — Kömmt hier, wie es zuweilen geschiehet, der Fall vor, daß der Beklagte, der zur Nomination verpflichtet wäre, blos unter der Gestalt der s. g. Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache läugnet, daß er der wahre Beklagte, z. B. daß er nur Pächter sey, ohne daß er jedoch den wahren Beklagten nennt, und weiter in den Streit sich einläßt, so kann eine solche Schrift nicht zur Replik hinausgeschlossen werden. Nachdem das Gesetz in dem schon oft angeführten Falle sich nicht mit bloßem Läugnen des Legitimationspunkts begnügt, sondern ausdrücklich als Hauptsache Nomination verlangt, so ist in einem solchen Falle das Benehmen des Beklagten als gesetzwidriges zu betrachten, und doch ist er nicht mehr so wie derjenige zu betrachten, der in den Streit sich einließ, und gar keine Einwendung gegen Legitimation machte, weil er doch den Kläger aufmerksam gemacht hat, daß der nicht den wahren Beklagten gewählt habe.

Es bleiben hier zwei Wege für den Richter: 1) der, die lückenhafte Schrift des Beklagten dem Kläger zur weiteren Erinnerung oder Stellung geeigneter Anträge mitzutheilen, und nun, wie bei dem Ungehorsamsverfahren gegen den Beklagten, die Anklage des Ungehorsams von Seite des Klägers, oder geeignete Anträge abzuwarten: Dieser Weg scheint der reinen Verhandlungsmaxime anzupassen. Oder 2) der Richter, welcher erkennt, daß der Beklagte gegen die Vorschriften des Gesetzes eine durchaus unbefriedigende unvollständige Antwort gab, kann vermöge seiner Befugniß Schriften, die dem Gesetze geradezu widersprechen, zurückzuweisen, und vollständige Antworten zu verlangen, ohne weitere Mittheilung an den Kläger, dem Beklagten einen neuen Termin setzen, ihm auflegen, daß er bestimmt nach gesetzlichem Ausspruche denjenigen, in dessen Namen er besitze, nenne, mit der Drohung jener Folgen, die denjenigen treffen, welcher Nomination unterläßt. Erwägt man aber, daß dies Verfahren dem Grundsatze des Contumacialverfahrens, bei welchem der Richter auf Anklage nur verfährt,

widersprechen würde, daß der Richter nicht wissen kann, ob der Kläger, wenn er nur überhaupt weiß daß der Beklagte in fremdem Namen besitze, nicht den wahren Beklagten sonst leicht erfahren kann, daß auch wenn Beklagter überhaupt Jemanden nannte, noch nicht die Wahrheit, daß der Genannte der rechte sey, hergestellt ist, und daß doch die Schrift dem Kläger mitgetheilt werden muß, so ist der erste Weg zu billigen. Der Kläger wird in diesem Falle den Antrag auf Einleitung eines Contumacialverfahrens stellen können, und der Richter wird, wenn ein neuer Termin fruchtlos verstreicht, ohne daß der wahre Beklagte genannt wurde, den ungehorsamen Beklagten als solchen behandeln dürfen, der die Nomination völlig unterließ und daher in den Streit sich einlassen muß. Der Kläger wird Kosten und Schaden von diesem Beklagten fordern können, und zwar wird es durch die Schadensklage ihm leicht werden, aus dem Grunde, daß der Beklagte dolo malo ihn abhielt den wahren Beklagten zu verfolgen, den eigensinnigen Beklagten zu einer Antwort zu nöthigen.

§. 7.

In Bezug auf das Verfahren, wenn eine Nomination vorgebracht worden ist, ergeben sich in der Praxis neue Zweifel.

Daß die Schrift des Beklagten dem Kläger zur Erklärung mitgetheilt werden müsse, ist zwar unbestritten; man behauptet aber, daß der Kläger, wenn er gegen den neuen Beklagten den Nominaten klagen will, keine neue Klagschrift zu übergeben, sondern nur die alte gegen ihn zu richten habe. Diese Behauptung ist eben so wenig richtig, als die Sitte zu rechtfertigen ist, nach welcher (auch das preußische Gesetzbuch [55]) macht sie gesetzlich) die Nominationsschrift dem Kläger mitgetheilt, und er sofort angewiesen wird, die Sache gegen den Nominaten fortzusetzen. Ein solches Decret kann sehr häufig ein voreiliges seyn, da der Nominat nur fälschlich vom Beklagten angegeben seyn kann. Man muß davon ausgehen:

A) Nicht die bloße Nomination des dritten angeblich wahren Beklagten ist hinreichend, um den zuerst Beklagten zu entlassen, es muß vielmehr gewiß seyn, daß überhaupt der Nominat existire, er muß darüber gehört seyn, und muß die Angabe des Nominanten bestätigen; es entsteht daher

B) über die Nomination ein Präjudicialstreit, um die Frage: wer der rechte Beklagte ist, zu entscheiden; da nicht selten die Nomination in chicaneuser Hinsicht vorgebracht wird. Bei diesem Präjudicialstreite bleibt der Nominant noch, und zwischen

---

55) Preuß. GerichtsO. Tit. XVII. §. 34.

ihm, den herbeigezogenen Nominaten und dem Kläger, wird über den Vorpunkt verhandelt.

C) Dieser Streit muß durch richterliche Entscheidung beendigt werden, und erst als Folge derselbe kann der Nominant entlassen, oder zur Fortsetzung des Streites als der wahre Beklagte angehalten werden. Diesen Sätzen gemäß hängt das weitere Verfahren von der Erklärung des Klägers auf die mitgetheilte Nominationsschrift ab.

a) Nimmt der Kläger es an, daß der Nominat wahrer Besitzer sey, so muß, ehe noch Nominant entlassen wird, der Nominat gehört werden; der Kläger wird daher das Gesuch auf Mittheilung der bisherigen Verhandlungen und Beiziehung des Nominaten stellen, und der Richter erläßt dem Gesuche gemäß die Verfügung. Bei der darüber entstehenden weiteren Verhandlung muß der Richter strenge wachen, daß sie nur auf den Präjudicialpunkt: ob der Nominant im Namen des Nominaten die Sache besitze? beschränkt bleibe. Gesteht der Nominat dies zu, so ist, ohne erst über die Hauptsache verhandeln zu lassen, durch richterlichen Bescheid der Vorstreit zu erledigen, der bisherige Beklagte ist von der Klage zu entbinden und dem Kläger die weitere Klagestellung gegen den wahren Beklagten vorzubehalten, nicht aber, wie es zuweilen geschieht, zur Klagestellung anzuweisen, weil dies ein, gesetzlich nicht zu rechtfertigender, Zwang zur Klage wäre. Mit Unrecht würde man aber keine neue Klageschrift des Klägers gegen den Nominaten fordern; es beginnt offenbar ein neuer Proceß unter neuen Personen; gegen den neuen Beklagten muß der Streit wie sonst, als wenn noch keiner vorausgegangen wäre, eröffnet werden, und dazu gehört auch eine neue Klagschrift um so mehr, als die alte nicht einmal mit den auf den vorigen Beklagten sich beziehenden Thatsachen und Qualitäten paßte.

b) Läugnet der Kläger, welchem die Nomination mitgetheilt wurde, daß der Nominat der wahre Beklagte sey, so ist eine Mittheilung der Schrift an den Nominaten unzweckmäßig; der Kläger muß in diesem Falle den Beweis, daß Nominant im eigenen Namen besitze, führen, und erst von dieser Beweisführung hängt die weitere Verhandlung ab. Die Behauptung älterer Schriftsteller [56]), daß der Nominant seinen Satz, daß er in fremden Namen besitze, wenn Kläger es läugnet, beweisen müsse, beruht auf dem irrigen Satze, daß die Nomination eine wahre exceptio sey, was sie durchaus nicht ist.

---

56) z. B. Lauterbach diss. §. 10. und die dort angeführten Vultejus, Sichard etc.

c) Ist die Nomination dem Nominaten zur Erklärung im bestimmten Termine mitgetheilt worden, und erscheint der Nominat im Termine mit seiner Erklärung nicht, so kann man nicht, wie es geschieht, von einer Litiscontestation und ihren Folgen gegen den Nominaten sprechen, da gegen ihn ja noch keine Klage förmlich erhoben ist, er nur zu einem noch zwischen anderen Personen schwebenden Streite zu einer vorläufigen Erklärung aufgefordert ist, und so der Begriff der Litiscontestation gar nicht auf ihn paßt; selbst die römischen Gesetze berechtigen nicht zur Annahme der Litiscontestation, wenn sie zwar aussprechen: si post hujusmodi indultum tempus minime hoc quod dispositum est, facere maluerit; tanquam lite, quae ei ingeritur, ex eo die quo possesor ad judicium vocatus est, ad irrumpendam longi temporis praescriptionem, contestata etc.; so sieht man klar, daß nicht unbedingt, sondern nur in einer Beziehung, die Litiscontestation als geschehen angenommen wird, nämlich zur Unterbrechung der Verjährung; auch sagen die Gesetze selbst, daß der nominatus erst nach citirt, und daß nach fruchtlosem Verlaufe der neuen Citationen erst das Verfahren eingeleitet werde, woraus sich wohl zeigt, daß an eigentliche Litiscontestation das Gesetz nicht gedacht habe. — Allerdings wird gegen den Nominaten, auch wenn er nicht geantwortet hat, die Verjährung unterbrochen werden, wie es die Gesetze wirklich vorschreiben, aber zur Entscheidung, oder dem Nominaten jetzt schon einen Nachtheil zuzufügen, ist die Sache nicht reif; der Richter wird, analogisch dem Contumacialverfahren, (daher auch Anklage von Seite des Klägers abgewartet werden muß) dem Nominaten einen Termin zur bestimmten Erklärung mit der Drohung der Nachtheile geben, welche sich gesetzlich rechtfertigen lassen. — Die eintretende Folge aber gegen den Nominaten, welcher nicht erscheint, kann, weil überhaupt der teutsche Proceß das Zugestehen der Ansprüche nicht als Strafe der Contumacia kennt keine andere seyn, als welche der Analogie der Contumacialnachtheile des Beklagten entspricht, also Annahme des Läugnens der klägerischen Ansprüche. Es steht daher der Fall des Schweigens des Nominaten ganz demjenigen gleich, wenn der Nominat ausdrucklich erklärt, daß er nicht der wahre Beklagte sey und es ergiebt sich dies noch mehr, wenn man die Folgen erwägt, welche eintreten würden, wenn Kläger seine Eigenthumsklage ausdrücklich schon zuerst gegen den Nominaten als Besitzer gerichtet und wenn der Nominat als Beklagter ungehorsam geschwiegen hätte.

d) Am wichtigsten wird nun der Fall, wenn der Nominat ausdrücklich erklärt, daß er nicht besitze, daß ihn also der Streit nichts angehe. Es ist wohl nicht gegründet, wenn die Rechts-

lehrer [57]) unbedingt behaupten, daß dann dem Kläger, wenn er auch sein Recht auf die Sache noch nicht dargethan hat, der Besitz der Sache einstweilen zugesprochen werde. Selbst in die neueren Gesetzesentwürfen von Gönner [58]), Globig [59]), Schnell [60]) ist diese Bestimmung als gesetzliche Vorschrift übergegangen.

Diese Behauptung ist 1) schon deswegen unbegreiflich, weil sich kein Grund nachweisen läßt, aus welchem mit Umstoßung aller sonst geltenden rechtlichen Grundsätze der Kläger vor dem Beweise frei seyn und ein Recht zugesprochen haben soll, blos weil Personen, die selbst gestehen, daß sie der Streit nichts angehe, behaupten, daß sie keinen Anspruch machen; daraus, daß dritte Personen kein Recht ansprechen, folgt nicht, daß der erste behauptende ohne allen Beweis das Recht habe. 2) In der Allgemeinheit paßt aber gar keine Besitzeinsetzung auf alle Realklagen, von welchen doch z. B. die Servitutsklage auf Besitz nicht geht, so daß dem Kläger mehr und oft etwas ihm lästiges zugesprochen würde, als er verlangte. 3) Ein solches Einsetzen in den Besitz ist selbst in einigen Fällen unmöglich; denn wenn auch der Nominant behauptete, daß er nicht in eigenem Namen besitze, so würde man ihm doch sehr Unrecht zufügen, wenn man deswegen sogleich den Kläger völlig in den Besitz immittirte; wenn auch Nominant nicht Civilbesitzer ist, so hat er doch z. B. als usufructuar oder Miethsmann ein Recht die Sache innezuhaben, welcher nicht die Besitzeinsetzung des Klägers sich gefallen lassen kann. —

Man muß vielmehr von nachstehenden Sätzen ausgehen:

1) durch die bloße Nomination ist der Streit des Klägers mit dem ersten Beklagten, also dem Nominanten, noch nicht rechtlich beendigt, sondern nur suspendirt worden. Will daher der Nominat sich nicht einlassen und als Besitzer darstellen, so geht der Streit des Klägers und Nominanten wieder fort, so weit es nach der abgegebenen Erklärung des Nominanten möglich ist.

2) Durch die Nomination ist nur ein Präjudicialstreit über die Frage entstanden: wer der wahre Civilbesitzer der Sache sey? Die Verhandlungen in diesem Streite können in ihren Wirkungen auch nicht weiter ausgedehnt werden, als sie die Frage, wie sie im Streite war, anpassen; auf die petitorischen

---

57) S. selbst Gönner Handbuch S. 349. Danz §. 474. nr. 3. u. a.

58) Gönner Entwurf l. c. §. 5. nr. 3.

59) Globig Entwurf l. c. S. 349.

60) Entwurf eines Gesetzbuchs Satz 26.

Ansprüche irgend eines Theils kann, da darüber keine Verhandlungen noch eingeleitet werden, ein Nachtheil des präjudiciellen Besitzstreites nicht ausgedehnt werden; daher α) kann dem Nominaten, wenn sich in der Folge ergiebt, daß er doch der wahre Besitzer und selbst der berechtigte Eigenthümer war, kein Nachtheil in Ansehung des Eigenthumsrechts selbst zugehen, und die Ausführung steht ihm wie sonst frei, wie auch das römische Gesetz durch die Worte: omni allegatione absenti de principali quaestione servata, ausspricht, und wie es auch alle neueren Gesetze anerkennen. β) Ebenso steht dem Nominanten, wenn der Kläger sein Recht geltend machen will, die Vorbringung aller Einwendungen zu, welche aus seinem eigenem Rechte, z. B. daß er Pächter oder Nießbräucher sey, abgeleitet werden, und auch neben seiner Erklärung in der Nomination, daß er nicht in eigenem Namen besitze, bestehen. γ) Selbst in Ansehung der Eigenthumsrechte des Nominanten muß dies behauptet werden, wenn sich ergeben sollte, daß der Nominant doch der wahre Beklagte sey, und wenn entweder der Nominant selbst eine Nomination zurücknimmt, und seinen Civilbesitz zugiebt, oder wenn er vom Kläger überwiesen würde. Bestritten könnte die Frage nur seyn, wenn nachgewiesen würde, daß der Nominant dolose, um den Streit von sich wegzuwälzen, einen anderen nannte; aber auch in diesem Falle leidet er an seinen Eigenthumsrechten keinen Verlust, da theils in der Nomination kein ausdrücklicher Verzicht auf sein Recht liegt, da vielmehr der Beklagte nur etwas läugnete, was zu beweisen, wenn geläugnet wird, dem Kläger obliegt, und sein Unrecht nur im Unterschieben eines falschen Namens lag, da endlich über das Eigenthumsrecht zwischen Kläger und Nominaten noch nicht verhandelt war, Nominant sich noch nicht vertheidigt hatte, und ihm kein Recht ohne diese vorausgegangene Eröffnung der Vertheidigung geraubt werden konnte. Der Streit war nur präjudicieller Besitzstreit, und seine Wirkung geht nur auf den Besitz, der Nominant, wird daher zur Strafe seiner Täuschung und des böslichen Läugnens nach der allerdings noch anwendbaren Bestimmung [61] seinen Besitz zu Gunsten des Klägers verlieren und sich dadurch der Vortheile des Besitzes berauben, so wie er auch dem Kläger die bisherigen Kosten in jedem Falle vergüten muß.

Nach dem bisher Angeführten wird sich das Verfahren im Falle, wenn Nominat behauptet, daß er nicht besitze, leicht bestimmen lassen. 1) Die Schrift des Nominaten wir dem Kläger zur Stellung seiner weiteren Anträge, dem Nominanten zur

61) L. 80. D. de rei vind. Nov. 18. cap. 10.

Wissenschaft mitgetheilt werden. 2) Der Kläger ist nun berechtiget, gegen den Nominaten weiter den Streit fortzusetzen, und zwar wird er oft die Behauptung wiederholen: daß Beklagter (Nominant) doch wahrhaft besitze. 3) Läugnet der Nominant dies auf das Neue, so liegt dem Kläger der Beweis der Behauptung ob. 4) Gelingt ihm dieser Beweis, so wird der Beklagte vom Gerichte zur Einlassung in den Streit verurtheilt, und der Hauptproceß geht wie sonst fort. 5) Kann oder will der Kläger nicht behaupten, daß Nominant der wahre Beklagte ist, nimmt er vielmehr die Behauptungen des Nominanten und Nominaten zu seinem Vortheile an, so entscheidet bei seinen weiteren Gesuchen a) die Beschaffenheit der von ihm angestellten Realklage, b) die vom Kläger gelieferte Nachweisung der Wahrheit der Gründe seines Anspruchs, c) die Einwendungen des Nominanten welche er aus seinem eigenen Rechte zur Sache, z. B. daß er den Nießbrauch habe oder Pächter sey, ableitet und d) das weitere Benehmen des Nominanten. Der Nominant kann nämlich auch in gewissen Fällen gegen die Behauptung des Nominaten, daß ihn die Sache nichts angehe, dem Kläger Beweise liefern, woraus sich ergiebt, daß Nominant wirklich im Namen des Nominaten besitze, z. B. die vom Nominaten selbst gefertigte Pachturkunde. In diesem Falle wird es für den Kläger am klügsten seyn, unmittelbar gegen den Nominaten den Proceß fortzusetzen gestützt auf die erhaltenen Beweise, daß derselbe der rechte Beklagte ist, die Klage gegen den Nominaten auf die Hauptsache und zugleich, da sich auf den dolosen den Besitz abläugnenden Beklagten die Verordnung des römischen Rechts anwenden läßt, auf Einsetzung in den Besitz stellen.

Ist dies nicht der Fall, so stellt der Kläger, wenn seine Klage auf das Recht selbst geht, sein Gesuch auf vorläufige Einsetzung in den Besitz; das Gesuch wird dem Nominanten, der, wenn er auch nicht in der Hauptsache der rechte Beklagte ist, doch interessirt bleibt, wenn er den factischen oder Naturalbesitz abtreten soll mitgetheilt; oder wenn es eine andere Realklage ist, z. B Servitutsklage, so stellt er das Gesuch auf Schutz im Besitze seines Rechts. Hat der Nominant keine Einwendungen, so entscheiden die vom Kläger vorgebrachten Gründe für seinen Besitzanspruch und sind diese so daß ihm im possessorischen Processe (denn in einen solchen verwandelt sich das Verfahren) der Besitz zuerkannt werden könne so wird durch Urtheil über sein Gesuch entschieden. Hat Nominant gegründete Einwendungen, so geschieht die Einsetzung in Besitz unbeschadet der Rechte des Nominanten, und der vorläufige Proceß endiget damit, die Verfolgung der Eigenthumsrechte bleiben dem No-

minaten und Nominanten vorbehalten, auch der dritte rechtmäßige Besitzer, der später kömmt, kann gegen den Kläger, der nur zur Strafe des Nominanten und Nominaten, oder weil kein besseres Recht ihm gegenüber behauptet wurde, den Besitz erhielt, seinen Besitz geltend machen.

XXV.

1) Einige Worte über die laudatio sive nominatio auctoris, und das durch diese veranlaßte teutsch-proceßliche Verfahren —
2) über die poena infitiationis in diesem Gebiet —
3) über den Grundsatz: es giebt Antworten im Proceß, welche zugleich die Natur einer verneinenden Einlassung und dennoch auch die Grundlage und Folgen einer Einrede haben.

Von Gensler.

§. 1.

Eine niedergeschriebene Abhandlung: über die Einlassung und das qualificirte Geständniß u. s. w., nöthiget mich gewisser Maßen, hier einiges in Hinsicht auf meines Freundes Mittermaier unter nr. XXIV. vorstehende Beleuchtung der Benennung des Auctors zu äußern.

In jener Abhandlung habe ich nämlich die nominatio auctoris als Beispiel eines qualificirten Geständnisses und dessen Wirkung in Bezug auf Beweislast gedacht, zum Beleg, daß dieses sogenannte Geständniß eine Mischung sey von Geständniß, Verneinung, und Einrede.

Wenn z. B. der mit einer Vindication als Besitzer belangte Beklagte so antwortete: „ich gestehe, daß ich das vom Kläger vindicirt werden sollende Grundstück als Pachter des N*. besitze," so enthält dieses den Sinn:

a) „ich besitze" — (nämlich auf das blos factische Aeußere hingesehen.) —